

# **BGer 6S.399/2001 vom 16. Oktober 2001**

Bundesgericht, 2001-10-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6S.399\\_2001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6S.399_2001)

FR: TF 6S.399/2001 du 16 octobre 2001

IT: TF 6S.399/2001 del 16 ottobre 2001

## **Regeste**

Infractions

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le pourvoi en nullité, qui a un caractère cassatoire ( art. 277ter al. 1 PPF ), ne peut être formé que pour violation du droit fédéral et non pour violation directe d'un droit de rang constitutionnel ( art. 269 PPF ). Le pourvoi n'est pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves et des constatations de fait qui en découlent ( ATF 124 IV 81 consid. 2a p. 83 et les arrêts cités). Sous réserve de la rectification d'une inadvertance manifeste, la Cour de cassation est liée par les constatations de fait de l'autorité cantonale ( art. 277bis al. 1 PPF ). Il ne peut être présenté de griefs contre celles-ci, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux ( art. 273 al. 1 let. b PPF ). Dans la mesure où le recourant présenterait un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, il n'est pas possible d'en tenir compte; le raisonnement juridique doit être mené exclusivement sur la base de l'état de fait retenu par la cour cantonale (cf. ATF 124 IV 92 consid. 1 p. 93, 81 consid. 2a p. 83 et les arrêts cités). La Cour de cassation n'est pas liée par les motifs invoqués mais elle ne peut aller au-delà des conclusions du recourant ( art. 277bis PPF ), lesquelles doivent être interprétées à la lumière de leur motivation ( ATF 124 IV 53 consid. 1 p. 55; 123 IV 125 consid. 1 p. 127).

### **E. 2**

celui qui, publiquement, aura propagé une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique les membres d'une race, d'une ethnie ou d'une religion;

### **E. 4**

Le recourant soutient, subsidiairement au grief précédent, qu'il est exclu d'appliquer simultanément les alinéas 1 et 2 de l' art. 261bis CP à la mise en vente de l'ouvrage "Grundlagen zur Zeitgeschichte". Seul l'alinéa 2 serait éventuellement réalisé au stade de la tentative. Il affirme que le cumul des deux alinéas a conduit à une aggravation de la peine selon les règles du concours même si le jugement ne le dit pas expressément. Le grief du recourant n'a pas d'objet dès lors que le Tribunal correctionnel a retenu l'alinéa 4 i.f. de l' art. 261bis CP pour qualifier la mise en vente de l'ouvrage incriminé. Il avait certes retenu le cumul des alinéas 1, 2 et 4 pour certains ouvrages proposés à la vente par le recourant en septembre 1994 mais ce point du jugement a été annulé par la cour cantonale.

### **E. 5**

Le recourant invoque une violation de l' art. 41 ch. 1 CP . Il reproche à l'autorité cantonale de lui avoir refusé le sursis pour des motifs étrangers à ceux prévus par l' art. 41 ch. 1 CP ,

soit en raison de son article d'avril 2000 et de son comportement durant les débats. Le recourant soutient que le juge ne doit pas se préoccuper de l'adhésion intérieure du condamné à la norme mais uniquement de son comportement extérieur. En ce qui le concerne, il aurait eu une conduite conforme à la loi depuis bientôt six ans. a) Selon l' art. 41 ch. 1 al. 1 CP , le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté peut être octroyé si la durée de la peine n'excède pas dix-huit mois et si les antécédents et le caractère du condamné font prévoir que cette mesure le détournera de commettre d'autres crimes ou délits. L'octroi ou le refus du sursis dépend exclusivement des critères prévus par la loi ( ATF 119 IV 195 consid. 3b p. 197). Il est évident qu'une peine de trois mois d'emprisonnement, par sa nature et sa durée, peut objectivement être assortie du sursis, de sorte que la seule question litigieuse est de savoir si la condition dite subjective est réalisée, c'est-à-dire si l'on peut prévoir, en fonction des antécédents et du caractère du condamné, que cette mesure sera de nature à le détourner de commettre d'autres crimes ou délits ( ATF 119 IV 195 consid. 3b p. 197). Il s'agit de faire un pronostic quant au comportement futur du condamné ( ATF 123 IV 107 consid. 4a p. 111 s.). Pour effectuer ce pronostic, le juge de répression dispose d'un large pouvoir d'appréciation; le juge de cassation n'annule la décision rendue - en considérant le droit comme violé - que si elle repose sur des considérations étrangères à la disposition applicable, si elle ne prend pas en compte les critères découlant de celle-ci ou si le juge s'est montré à ce point sévère ou clément que l'on doit parler d'un abus du pouvoir d'appréciation ( ATF 119 IV 195 consid. 3b p. 197 s.). Importent avant tout pour l'octroi du sursis les perspectives d'amendement durable du condamné, telles qu'on peut les déduire de ses antécédents et de son caractère. Pour décider si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions, le juge doit se livrer à une appréciation d'ensemble ( ATF 119 IV 195 consid. 3b; 118 IV 97 consid. 2b p. 100 s.). Il faut tenir compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement ( ATF 123 IV 107 consid. 4a p. 111 s.; 118 IV 97 consid. 2b p. 100 s.). Pour l'évaluation du risque de récidive, un examen global de la personnalité de l'auteur est indispensable. De vagues espoirs quant à la conduite future du délinquant ne suffisent pas pour émettre un pronostic favorable ( ATF 115 IV 81 consid. 2a p. 82). Il est contraire au droit fédéral d'accorder un poids particulier à certaines circonstances visées par l' art. 41 CP et de négliger ou d'omettre d'autres critères pertinents ( ATF 123 IV 107 consid. 4a p. 111 s.; 118 IV 97 consid. 2b p. 100). S'agissant de la motivation, le juge doit exposer les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur qu'il prend en compte, de manière à ce que l'on puisse constater que tous les aspects pertinents ont été pris en considération et comprendre comment ils ont été appréciés, que ce soit dans un sens aggravant ou atténuant ( ATF 117 IV 112 consid. 3b p. 118). Le sursis est considéré comme une mesure d'encouragement à l'égard de celui qui semble avoir compris la signification de son acte et être prêt, pour échapper à l'exécution de la peine, à ne plus commettre d'infraction à l'avenir. Le fait que l'auteur n'ait pas pris conscience du caractère répréhensible de ses actes peut justifier un pronostic défavorable; en principe, seul celui qui se repent mérite qu'on lui fasse confiance (cf. ATF 82 IV 81 ). Toutefois, l'absence de repentir ne peut pas être déduite des seules dénégations du prévenu ou de son silence, car un tel comportement peut avoir des motifs divers ( ATF 101 IV 257 consid. 2 p. 258 s.). b) En l'espèce, les premiers juges ont constaté que le recourant avait réitéré un comportement coupable peu de temps avant les

débats en publiant son article intitulé "Vive le révisionnisme". Il avait en outre répété lors des débats qu'il déniait toute légitimité à la loi, signifiant par là qu'il n'entendait pas s'y conformer à l'avenir. S'il a effectivement cessé toute mise en vente de littérature raciste ou révisionniste depuis juin 1995, son absence de regrets et la confirmation aux débats de sa critique à l'égard de la loi "muselière" ont fait douter les premiers juges de sa volonté profonde d'amendement et les ont amenés à formuler un pronostic défavorable pour l'avenir. L'autorité cantonale s'est ralliée à ce raisonnement, estimant que le fait de publier l'article "Vive le révisionnisme" quelques jours avant les débats n'était pas un acte anodin. Le recourant avait en effet conscience du devoir que lui imposait la loi de ne pas publier certaines de ses opinions. En écrivant dans cet article "je persiste", le recourant avait démontré par actes concluants que la menace d'une peine, même très concrète puisqu'il se trouvait à quelques jours de l'ouverture de son procès, n'était pas de nature à le détourner de commettre des infractions. Ces éléments, de même que l'attitude du recourant aux débats ont conduit la cour cantonale à retenir qu'il n'avait pas compris la signification de ses actes et qu'il n'était pas prêt à ne plus enfreindre la loi pour échapper à une sanction. Elle a donc confirmé le pronostic défavorable émis à son encontre par les premiers juges et confirmé le refus du sursis. Contrairement à ce qu'affirme le recourant, la cour cantonale ne s'est pas fondée sur des critères étrangers à l' art. 41 ch. 1 CP . Le pronostic défavorable est basé sur une appréciation correcte et détaillée des éléments pertinents de sorte que le rejet du sursis à l'exécution ne viole pas le droit fédéral. Le grief du recourant sera donc rejeté.

#### **E. 6**

Selon l' art. 61 al. 1 CP , le juge ordonnera la publication du jugement aux frais du condamné si l'intérêt public ou celui du lésé ou l'intérêt de celui qui a le droit de porter plainte l'exige. Le recourant affirme que cette disposition a été violée puisque sa condamnation pour discrimination raciale n'était pas possible. En revanche, il n'expose pas en quoi la cour cantonale aurait violé l' art. 61 al. 1 CP étant donné qu'elle l'avait reconnu coupable de discrimination raciale. Tel qu'il est formulé, le grief du recourant est irrecevable ( art. 273 al. 1 let. b PPF ).

#### **E. 7**

Le recourant invoque enfin une violation des art. 58 al. 1 CP et 6 par. 1 CEDH (RS 0.101).  
a) Le Tribunal correctionnel a prononcé la confiscation, en vertu de l' art. 58 CP , des ouvrages qui figuraient sur la liste de septembre 1994 sous "Révisionnisme historique", de revues, de documentation comprenant des textes et tracts racistes et/ou antisémites ainsi que de certains exemplaires du "Courrier du continent". Il a relevé que l' art. 58 CP n'exigeait pas qu'une personne déterminée soit punissable et que, par conséquent, la confiscation pouvait toucher également les ouvrages pour lesquels la violation de l' art. 261bis CP n'avait pas été retenue à l'encontre du recourant. La cour cantonale a confirmé la confiscation ordonnée, considérant que les ouvrages séquestrés en mains du recourant contenaient des propos à caractère discriminatoire et révisionniste voire négationniste et que l'existence de ces objets, qui étaient par leur nature destinés à être diffusés, était propre à laisser subsister un risque pour l'ordre public. b) Selon le texte de l' art. 58 al. 1 CP , entré en vigueur le 1er août 1994, "alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable, le juge prononcera la confiscation d'objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public". Cette disposition permet donc notamment de confisquer des objets qui ont servi à commettre une infraction ou devaient servir à la

commettre (les "instrumenta sceleris"; cf. Trechsel, *Kurzkommentar*, 2ème éd., Zurich 1997, art. 58 n 7), à la condition toutefois qu'ils compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. On ne saurait cependant émettre des exigences élevées en ce qui concerne ce danger; il suffit qu'il soit vraisemblable qu'il y ait un danger si l'objet n'est pas confisqué en mains de l'ayant droit (Trechsel, *op. cit.*, art. 58 n 9; cf. également FF 1993 III 297 s.). Comme il ressort du texte légal, la confiscation sera prononcée même si l'auteur n'est pas punissable (cf. ATF 124 IV 121 consid. 2a p. 123). Pour admettre qu'un objet devait servir à commettre une infraction au sens de l'art. 58 al. 1 CP, il n'est pas nécessaire que l'infraction ait été commise ou même simplement tentée; certes il ne suffit pas qu'un objet soit généralement destiné ou propre à être éventuellement utilisé pour commettre une infraction; il faut, mais il suffit, qu'il existe un risque sérieux que l'objet puisse servir à commettre une infraction (ATF 125 IV 185 consid. 2a p. 186 s.) c) En l'espèce, la cour cantonale a retenu comme infraction le fait d'avoir mis en vente, en juin 1995, un ouvrage révisionniste et le fait d'avoir écrit et publié trois articles dans le "Courrier du Continent". Elle a en revanche considéré que le recourant n'avait pas commis d'infraction en conservant chez lui, à disposition d'éventuels acheteurs, des livres au contenu révisionniste, négationniste et, pour certains, raciste. Il a été constaté que les ouvrages séquestrés en mains du recourant contenaient des propos à caractère discriminatoire et révisionniste, voire négationniste. C'est donc à juste titre que le tribunal a considéré qu'ils tombaient objectivement sous l'infraction de discrimination raciale au sens de l'art. 261bis CP. Par ailleurs, il a été retenu que même après l'entrée en vigueur de cette norme, le 1er janvier 1995, le recourant avait gardé ces ouvrages à disposition d'éventuels acheteurs et qu'il avait toujours été prêt à honorer toute commande qui lui était adressée. Les ouvrages en question, dont certains titres étaient stockés en nombre important (plus d'une centaine) par le recourant, étaient donc destinés à la commission d'une infraction au sens de l'art. 58 al. 1 CP. Il en va de même des tracts et autres textes racistes saisis chez le recourant, qui étaient, par leur nature, destinés à être diffusés. L'infraction prévue par l'art. 261bis CP est classée parmi les infractions contre la paix publique (cf. ATF 123 IV 202 consid. 2 p. 205 s.) de sorte que l'on peut admettre que la propagation de propos visés par cette disposition comporte un risque pour l'ordre public (cf. ATF 124 IV 121 consid. 2c p. 125 s.). Or comme l'a relevé à juste titre la cour cantonale, l'existence de ces objets, par nature destinés à être diffusés, était propre à laisser subsister ce risque. Le recourant objecte que depuis 1995 il n'a diffusé aucun de ces livres et que par conséquent la confiscation est disproportionnée. Il omet toutefois de relever que depuis le 9 juin 1995, il avait reçu l'injonction du juge d'instruction de ne pas se dessaisir des ouvrages qui avaient été saisis mais laissés à son domicile. Par conséquent, l'autorité cantonale était fondée à considérer que la confiscation des ouvrages et documents séquestrés était le moyen adéquat et proportionné pour éviter la mise en danger de l'ordre public au sens de l'art. 58 al. 1 CP. d) De manière peu claire, le recourant semble critiquer la conformité de l'art. 58 CP (plus particulièrement la notion de "l'ordre public") avec l'art. 6 par. 1 CEDH. Ce grief est toutefois si confus que l'on ne voit pas ce que le recourant entend démontrer. En outre, on ne voit pas en quoi l'art. 58 CP devrait être conforme à cette disposition, qui concerne des garanties de procédure pour un procès équitable.

## **E. 8**

Sur le plan civil, le recourant allègue que la cour cantonale a violé les art. 41 et 49 CO en allouant une indemnité pour tort moral de 1'000 francs à Sigmund Toman, partie civile. Il soutient que la négation d'un génocide au sens de l'art. 261bis al. 4 CP lèse exclusivement

la paix publique et la dignité humaine des défunts. Cette infraction ne protégerait pas la dignité individuelle d'un membre du groupe visé. A défaut de lésion d'un intérêt personnel, les art. 41 et 49 CO seraient inapplicables. a) En l'espèce, Sigmund Toman s'est porté partie civile en son nom propre. Il a notamment expliqué que ses parents étaient décédés dans un camp de concentration durant la deuxième guerre mondiale et que lui même avait été déporté. Les premiers juges et la cour cantonale ont condamné le recourant à lui verser une indemnité pour tort moral de 1'000 francs, sur la base de l' art. 49 CO . b) Lorsque les conclusions civiles ont été jugées en même temps que l'action pénale, il appartient au condamné de se pourvoir en nullité en ce qui concerne les conclusions civiles. Il n'y a pas de recours en réforme ( art. 271 al. 1 PPF [RS 312. 0]). Lorsque la valeur litigieuse de la prétention civile n'atteint pas le montant exigé par les dispositions applicables au recours en réforme en matière civile ( art. 46 OJ : 8'000 francs), et qu'en vertu de la procédure civile, un recours en réforme sans égard à la valeur litigieuse n'est pas possible (cf. art. 44 et 45 OJ ), un pourvoi en nullité quant aux conclusions civiles n'est recevable que si la Cour de cassation est saisie en même temps de l'action pénale ( art. 271 al. 2 PPF ; cf. MartinSchubarth, Nichtigkeitsbeschwerde 2001, Berne 2001, n 259 s.) Toutefois, la loi prévoit que, dans les cas visés à l' art. 271 al. 2 PPF , la Cour de cassation ne statue sur le recours quant aux conclusions civiles que si elle déclare le pourvoi fondé quant à l'action pénale et que son arrêt puisse avoir de l'importance aussi pour le jugement des conclusions civiles ( art. 277quater al. 2 PPF ). En l'espèce, la valeur litigieuse devant la dernière instance cantonale était de 1'000 francs, Sigmund Toman n'ayant pas recouru contre cette somme et le recourant contestant toute responsabilité civile à l'égard de cette partie. En outre, la Cour de cassation est également saisie de l'action pénale puisque le recourant conteste sa condamnation pour discrimination raciale. Cependant, le pourvoi quant à l'action pénale sera rejeté pour les motifs exposés aux considérants 2 à 7 ci-dessus. Par conséquent, la Cour de cassation n'est pas habilitée à statuer sur le grief relatif aux conclusions civiles.

## **E. 9**

Au vu de ce qui précède, le pourvoi sera rejeté dans la mesure où il est recevable en ce qui concerne l'action pénale; il sera déclaré irrecevable en ce qui concerne l'action civile. Le recourant supportera un émolument judiciaire ( art. 278 al. 1 PPF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.